



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº1352292012-2

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Recorrida:SMAB COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA-EPP

Repartição Preparadora:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA 1ª REGIÃO

Autuante:PAULO JAIR LOPES RODRIGUES

Relatora:CONS.ª THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA

USO DE CRÉDITO INDEVIDO. MERCADORIA DESTINADA PARA USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. FALTA DE LANÇAMENTO DOS DÉBITOS REFERENTES ÀS NOTAS FISCAIS DE COMPRAS. IRREGULARIDADES NO USO DO ECF. AUSÊNCIA DE REGISTROS DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO E DE SAÍDAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. PASSIVO FICTÍCIO. CORREÇÃO DAS PENALIDADES. AJUSTES CONFIRMADOS. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

As infrações por uso de crédito indevido e por falta de recolhimento por ausência de registro dos débitos destacados nas notas fiscais de devolução de compras foram consideradas não contenciosas, em razão de seu reconhecimento expresso e pela quitação do crédito tributário exigido.

Cabível a cobrança do ICMS-Diferencial de Alíquotas nas operações interestaduais com bens destinados ao uso, consumo ou ativo fixo do estabelecimento. In casu, ficou comprovado nos autos que a maior parte das notas fiscais denunciadas foram objetos de cobrança de ICMS-Garantido, e outras já tinham sido faturadas e pagas como ICMS-DIFAL, sucumbindo parte do crédito tributário exigido na inicial.

Falta de lançamentos de notas fiscais de aquisição nos livros próprios caracteriza a presunção legal juris tantum de que houve omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. No presente caso, o contribuinte apresentou provas documentais que desconstituíram parte do feito acusatório.

Erro na descrição do fato infringente na exigência formulada de “falta de recolhimento do ICMS em virtude de irregularidades no uso do ECF”, ensejou sua nulidade por vício formal, na forma instituída pela legislação de regência, ressalvando ao Estado o direito de reconstituir novo procedimento fiscal. Proceder a exigência de crédito tributário levantado em função das repercussões tributárias apuradas na reconstituição da Conta Corrente do ICMS, pela falta de registros nos livros próprios de notas fiscais de saídas. In casu, o contribuinte reconheceu e liquidou uma parcela da exigência tributária, e trouxe aos autos provas documentais que desconstituíram outra parte da acusação inserta na inicial. A constatação de passivo fictício, decorrente de pagamentos de obrigações não contabilizados, caracterizou a presunção legal de que houve omissões pretéritas de saídas de mercadorias tributáveis, sem o pagamento do imposto devido. In casu, erro na alocação de valores por parte da fiscalização na reconstituição da Conta Fornecedores fez sucumbir a acusação em relação a um dos exercícios denunciados.

Confirmada a redução da multa proposta por força da Lei nº 10.008/13.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da Primeira Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença exarada na instância monocrática que julgou *parcialmente procedente* Auto de Infração de Estabelecimento nº93300008.09.00002242/2012-17, lavrado em 8/10/2012, contra a empresa SMAB COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP, CCICMS nº 16.150.095-1, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 134.470,23 (cento e trinta e quatro mil, quatrocentos e setenta reais e vinte e três centavos), sendo R\$ 66.189,48 (sessenta e seis mil, cento e oitenta e nove reais e quarenta e oito centavos) de ICMS, por infringência ao art. 72, §1º, I; art. 106, II, “c” e §1º, c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; arts. 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106, II, “a”, art. 277 e seus parágrafos, c/c art. 60, I e III, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 68.280,75 (sessenta e oito mil, duzentos e oitenta reais e setenta e cinco centavos) de multa por infração nos termos dos art. 82, II, “b” e “e”, e art. 82, V, “e”, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96, com as alterações da Lei nº 10.008/13.

Ao tempo em que mantém cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 157.820,71, sendo R\$ 42.487,03 de ICMS e R\$ R\$ 115.333,68 de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

P.R.I

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de julho de 2018.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, GÍLVIA DANTAS MACEDO E REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Trata-se de recurso hierárquico, interposto nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/13, contra decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002242/2012-17, lavrado em 8/10/2012, contra a empresa SMAB COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP, CCICMS nº 16.150.095-1, em razão das seguintes irregularidades:

CRÉDITO INDEVIDO (MERC. DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO) – Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), consignando mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: COMPROVADO ATRAVÉS DO RELATÓRIO CRÉDITO INDEVIDO ANEXO.

DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS (MERC. P/ O USO E/OU CONSUMO DO ESTAB.) (PERÍODO A PARTIR DE 07.03.02) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher ICMS – diferencial de alíquotas concernentes à(s) aquisição(ões) de mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento.

NOTA EXPLICATIVA: LEVANTADO ATRAVÉS DO RELATÓRIO COBRANÇA DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ANEXO.

FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO >> Aquisição de mercadorias consignadas em documento(s) fiscal(is), com receitas provenientes de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido.

NOTA EXPLICATIVA: AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NOS LIVROS CONTÁBEIS, CONFORME RELATÓRIO NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO CONTABILIZADAS.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA: ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO DE COMPRAS, SEM O REGISTRO DOS VALORES DOS DÉBITOS DESTACADOS NOS LIVROS FISCAIS, CONTRARIANDO O ARTIGO 277 E SEUS PARÁGRAFOS, C/C O ARTIGO 60, INCISO I E III DO RICMS, APROVADO PELO DECRETO 18.930/1997.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF >> Falta de recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de irregularidades no uso do ECF.

NOTA EXPLICATIVA: EM DESCUMPRIMENTO AOS ARTIGOS 376, 379, 106 E 88 E SEUS PARÁGRAFOS. TODOS DO DECRETO Nº 18.930/1997. CONFORME RELATÓRIO NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO SEM O CUPOM FISCAL.

NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REALIZADAS >> Falta de recolhimento do imposto estadual, tendo em vista o contribuinte, contrariando dispositivos legais, deixou de lançar nos livros de Registro de Saídas e de Apuração do ICMS, operações de saídas de mercadorias tributáveis, conforme documentação fiscal.

NOTA EXPLICATIVA: FALTA DE LANÇAMENTO DE SAÍDAS E DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS, CONFORME RELATÓRIOS NOTA FISCAL DE SAÍDA SEM REGISTRO E NOTA FISCAL DE DEVOLUÇÃO SEM REGISTRO.

PASSIVO FICTÍCIO (obrigações pagas e não contabilizadas) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte efetuou pagamentos com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, constatado mediante a manutenção, no Passivo, de obrigações já pagas e não contabilizadas.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário no montante de R\$ 292.290,93, sendo R\$ 108.676,51 de ICMS, por infringência ao art. 72, §1º, I; art. 106, II, “c” e §1º, c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; arts. 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106; arts. 376 e 379, c/c art. 106, II, “a”; art. 277 e seus parágrafos, c/c art. 60, I e III, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 183.614,42 de multa por infração, arremada no art. 82, II, “b” e “e”, e art. 82, V, “e”, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96.

Juntou documentos às fls. 8/406.

Cientificada, pessoalmente em 16/11/2012, mediante oposição de assinatura no auto infracional, conforme fl. 7, a autuada ingressou com peça reclamatória tempestiva (fls. 411/438), onde arguiu, em síntese:

(i) Que procederia a infração relativa a *Crédito Indevido (mercadorias destinadas ao uso e/ou consumo do estabelecimento)*, pois não poderia ter se creditado, por força do art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), e que teria promovido o recolhimento da importância devida, com o benefício da redução da multa de 85%, nos termos do art. 674, II, do RICMS/PB;

(ii) Que a acusação de *Falta de Recolhimento do Diferencial de Alíquotas do ICMS (mercadorias para uso e/ou consumo)* procederia de forma parcial, pois o imposto em relação a diversas notas fiscais já teria sido pago, sendo as mesmas por ele relacionadas às fls. 413 a 415, anexando provas documentais do recolhimento;

(iii) Que concorda com a denúncia de *Notas Fiscais de Devolução Registradas sem o Débito do Imposto*, e que teria promovido o recolhimento da importância devida;

(iv) Com relação à denúncia de *Não Recolhimento do ICMS referente ao fato gerador*

ocorrido em agosto/2012 que mais umas vez recolheu o crédito tributário exigido , com a redução legal da multa, apesar de não se encontrar demonstrado nos autos o referido lançamento, por meio do nº de controle 3005048163;

(v) Nulidade acerca da denúncia de *Notas Fiscais de Devolução Desacompanhadas dos Cupons Fiscais*, haja vista que, no seu sentir, não existiria consonância entre a descrição da falta e a capitulação legal da suposta infração cometida, que se trataria de emissão de notas fiscais de devolução de mercadorias sem o devido acompanhamento dos cupons fiscais, o que não seria o caso de indicar irregularidade no uso do ECF, conforme descrito na acusação, bem como o fundamento legal, que versa sobre a regra de recolhimento do imposto, e não sobre devolução de mercadorias;

(vi) Em relação à denúncia de *Notas Fiscais de Saída Sem Registro no Livro de Saídas e Apuração do ICMS* referente às Notas Fiscais nºs 78, 79 e 81, consta no Termo de Encerramento de Fiscalização que não teria havido diferença tributável no período de 01/11/2006 a 31/12/2008, e que os demais documentos teriam sido devidamente registrados no Livro de Registro de Saídas, anexando provas em seu Documento 04, com exceção das Notas Fiscais nºs 289, 356 e 144, em que concorda com a cobrança, e que teria promovido seu recolhimento;

(vii) Com relação à infração de *Notas Fiscais de Entrada Não Contabilizadas*, aduz que as notas fiscais listadas às fls. 48, 49, 50 e 51 se referem a mercadorias para uso e consumo, em que a maioria já teria sido objeto de cobrança de diferencial de alíquota, relacionando-as às fls. 423 e 424, que implicaria na ocorrência do *bis in idem*. Acrescenta que as notas fiscais que não foram para revenda, o crédito tributário não seriam devidas, pois caberia diferencial de alíquota por serem mercadorias de uso e consumo. E aquelas adquiridas de estabelecimentos contribuintes localizados dentro do Estado, não haveria o que se falar em cobrança de “ICMS diferencial de alíquotas”. Que a Nota Fiscal nº 30.036 teria sido apontada duas vezes na planilha constante às fls. 49. Por fim, aduz que teria sido recolhido o crédito tributário referente às Notas Fiscais nºs 100.105, 100.453 e 1.909, e que as NFs nº 205.916 e 205.725 teriam sido contabilizadas.

(viii) Em relação às *notas fiscais de devolução não lançadas no livro de registro de saídas e apuração do ICMS*, o contribuinte reconhece a infração apurada e alega ter recolhido a importância devida com a redução legal da multa;

(ix) Relativo à acusação de *Passivo Fictício* aduz que a fiscalização teria identificado pagamentos realizados em 2009 de compras feitas em 2008, e em 2010 teria sido levado em consideração o saldo anterior e as compras e pagamentos ocorridos no exercício, adotando-se forma diversa de investigação quanto aos períodos de 2009 e 2011. Relaciona pagamentos de Royalties, e que estes teriam sido considerados pelo autuante por estarem a débito da conta Fornecedores, e que teriam sido lançados indevidamente em razão de os valores serem idênticos aos das mercadorias. Fato que poderia ser verificado também em 2007 e 2008, que implicou em menor saldo inicial em 2009. Apresenta às fls. 437 as reconstituições das Contas Fornecedores, sendo apurado pela empresa um saldo final de R\$ 431.876,46, diferente da fiscalização, que teria verificado R\$ 440.737,24, resultando em uma diferença tributável de R\$ 8.860,78. Alega ter recolhido o respectivo ICMS correspondente a tal diferença, anexando o comprovante de pagamento por meio do Documento 09.

Por fim, pugna pela improcedência da parcela controversa.

Colacionou documentos às fls. 439/1.109.

Em Contestação, fls. 1.112, o autor da ação fiscal aduz inicialmente que o contribuinte reconheceu a procedência de parte das autuações, e que iria contestar apenas os pontos de discordância do

mesmo, pontuando as acusações litigiosas.

Com informação de inexistência de antecedentes fiscais (fl. 1.117), foram os autos conclusos à instância prima, ocasião em que foram distribuídos ao julgador singular – Petrônio Rodrigues Lima – que, em sua decisão, tem como certa parte das denúncias julgando o feito parcialmente procedente.

Após os ajustes realizados o crédito tributário passou a ser constituído no montante de R\$ 134.470,23 (cento e trinta e quatro mil, quatrocentos e setenta reais e vinte e três centavos), sendo R\$ 66.189,48 (sessenta e seis mil, cento e oitenta e nove reais e quarenta e oito centavos) de ICMS, e R\$ 66.280,75 (sessenta e seis mil, duzentos e oitenta reais e setenta e cinco centavos) de multa por infração.

Cientificada da sentença singular (fl. 1.1161), a atuada permaneceu inerte.

Enfim, os autos foram remetidos a esta Corte Julgadora, distribuídos a mim, por critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Pesa contra o contribuinte as acusações de (i) uso de crédito indevido, referente ao período de 08/2009 e 09/2010, (ii) falta de recolhimento de ICMS- Diferencial de Alíquotas, apurada dentro dos exercícios de 2009 a 2011, (iii) falta de lançamentos de notas fiscais de aquisição, períodos de 2009 a 2011, (iv) falta de recolhimento do ICMS por ausência dos registros dos valores de débitos destacados nos livros fiscais, em relação às notas fiscais de devolução de compras, apurada nos exercícios de 2009 a 2012, (v) falta de recolhimento do imposto estadual por irregularidades no uso do ECF, período de 10/2011 a 12/2011, (vi) não registrar nos livros fiscais próprios as operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas, verificado no período de 12/2007, e dentro dos exercícios de 2009 a 2011, (vii) existência de passivo fictício, verificado nos exercícios de 2009 a 2011, conforme exordial (fls. 03 a 07)..

No que tange às acusações de uso de *crédito indevido* e pela *falta de recolhimento por não escriturar o débito do imposto relativo às notas fiscais de devolução de compras*, observa-se que o contribuinte, além de ter efetuado o pagamento dos referidos créditos tributários, conforme comprovantes acostados às fls. 1.133/1.134, sequer contestou tal denúncia nas oportunidades em que compareceu aos autos, ao contrário, reconheceu-as, razão pela qual trago à baila o disposto no art. 77, § 1º, da Lei 10.094/2013, entendendo como incontroversa essa parte do crédito tributário e, portanto, procedente as respectivas infrações.

Com relação à acusação de *Falta de Recolhimento do Diferencial de Alíquotas do ICMS (mercadorias para uso e/ou consumo)*, é de se ressaltar que trata da cobrança do ICMS-Diferencial de Alíquota (ICMS-Difal), não recolhido por ocasião de aquisições de mercadorias destinadas ao uso/consumo do estabelecimento, conforme listagens apresentadas às fls. 29 a 31.

Como bem se sabe, as aquisições de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação destinadas ao uso/consumo, ensejam a obrigação de o contribuinte adquirente recolher o ICMS-Diferencial de alíquotas, por determinação Constitucional, conforme se vislumbra do artigo 155, § 2º, VII, da atual Carta Magna.

Em consonância com a previsão constitucional supra, o RICMS/PB regulamentou a obrigação, conforme previsão nos arts. 2º e 106:

Art. 2º

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

IV - sobre a entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo fixo;

(...)

Art. 106.....

(...)

II - até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao em que tiver ocorrido o fato gerador, nos casos de:

(...)

c) aquisições em outra unidade da Federação de mercadorias ou bens destinados a consumo ou a integrar o ativo fixo, em regime de pagamento normal ou contribuinte enquadrado no SIMPLES NACIONAL;

(...)

§1º O recolhimento previsto na alínea “e” do inciso I, e nas alíneas “c” e “d” do inciso II, será resultante da diferença de alíquota.

Diante de tais normativos, a fiscalização lavrou o auto de infração ora em comento, pois teria identificado aquisições para uso e consumo do estabelecimento sem a observância aos termos legais mencionados.

Em sua defesa, a reclamante argui que tal acusação em parte não prosperaria, pois o imposto em relação a diversas notas fiscais já teria sido pago, sendo as mesmas por ele relacionadas às fls. 413 a 415, anexando provas documentais do recolhimento.

Pois bem, como bem observado pelo julgador singular, restou demonstrado que a *“maior parte das notas fiscais denunciadas já tinham sido cobradas nas fronteiras como ICMS-Garantido, que tem natureza jurídica distinta do ICMS-Difal, pois, conforme se observa em algumas das notas fiscais juntadas por amostragem pela fiscalização, tais documentos não acobertam mercadorias para consumo, e sim para revenda, cuja cobrança na fronteira é realizada de forma antecipada como ICMS-Garantido, o que impecede a acusação em tela sobre as compras realizadas para revenda, como se fosse para uso e consumo, bem como aquelas destinadas para este fim anteriormente faturadas e pagas como ICMS-Difal”*.

Ainda como forma de atestar a irregularidade da cobrança, foram observados os demonstrativos constantes às fls. 441/480, onde constam notas fiscais denunciadas, bem como das faturas do ICMS- Difal cobradas anteriormente a lavratura da inicial e cujas provas das quitações foram anexadas às fls. 1.121 a 1.129 pela Auditoria Jurídica desta Gerência.

Com relação às operações tidas como devidas (consoante tabela integrante da decisão – fl. 1.145/1.146), ressalte-se que o contribuinte efetuou o pagamento relativo a tais créditos, conforme fls. 1.133/1.134, razão pela qual, mantenho o entendimento exarado pela instância prima.

No que tange à acusação de *falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios*, observa-se que a autuação decorreu da identificação de notas fiscais de aquisição não lançadas nos livros próprios, que, conforme visto acima, autoriza a presunção *juris tantum* de que houve omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem recolhimento do imposto, cabendo ao contribuinte prova da improcedência da presunção, já que o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de elidir a acusação imposta pelo Fisco.

Cabe esclarecer, que a obrigatoriedade de escrituração no Livro Registro de Entradas envolve todos os registros de entrada de mercadorias, tributadas ou não, com a qual o contribuinte transacione em determinado período, de acordo com o que estabelece o art. 276 c/c art. 166-U, do RICMS:

*Art. 276. O Registro de Entradas, modelos 1 ou 1-A, Anexos 24 e 25, **destina-se à escrituração do movimento de entradas de mercadorias, a qualquer título, no estabelecimento e de utilização de serviços de transporte e de comunicação.** (grifo nosso)*

Art. 166-U. Em relação ao DANFE e à NF-e, aplicam-se, no que couber, as normas previstas para os

demais documentos fiscais.

Verifica-se, portanto, que a obrigatoriedade se estende a qualquer tipo de aquisição, não importando se esta se destina à revenda, ativo fixo ou consumo. Adquiriu ou fez entrar mercadoria no estabelecimento, nasce a obrigação do respectivo lançamento no Livro Registro de Entradas. Do contrário, a legislação tributária autoriza a presunção de que trata o já mencionado art. 646 de omissão de vendas pretéritas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Ressalte-se, o que se está tributando é o valor das saídas de mercadorias tributáveis omitidas em etapa anterior e cujas receitas auferidas serviram de esteio para o pagamento das aquisições, cujas entradas não foram registradas, o que repercute em violação aos arts. 158, I e 160, I, do RICMS/PB.

Pois bem. Nos autos, o contribuinte tão somente se limita a questionar o recolhimento do ICMS-Difal das respectivas notas fiscais, o que não constitui como argumento suficiente para elidir a acusação em tela, por estar em completa dissonância com a sua descrição e abrangência.

Todavia, como bem observado pela instância prima, houve a repetição da Nota Fiscal nº 30.036, conforme consta no demonstrativo apresentado às fls. 49, no período de setembro/2009, estando acertada a decisão quando se pronuncia pela sua exclusão.

Acertada também a decisão quando se pronuncia quanto às Notas Fiscais nºs 205.916 e 205.725, referentes a agosto/2009, em que restaram comprovados os seus lançamentos nos livros contábeis, conforme fls. 553, 554, 555, 556 e 1.093.

Diante disso, confirmo, também nesta acusação, a decisão proferida pelo julgador singular.

No que se refere à infração de *falta de recolhimento do imposto estadual em virtude de irregularidades no uso do ECF*, foi pontuado pelo contribuinte, e acolhido pela instância prima, a existência de vício formal, em razão do delito fiscal não se coadunar com as informações contidas no campo “Nota Explicativa”, tampouco com as provas materiais juntadas aos autos pela fiscalização.

Compulsando os autos, verifica-se que a infração cometida não foi por uso indevido do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), estando relacionada, em verdade, às emissões de notas fiscais de devolução que não constam a referência do respectivo cupom fiscal de venda, vez que, em se tratando de comércio varejista, deveria conter o número sequencial do ECF e do contador de ordem de operação COO, nos termos previstos na legislação.

Assim como o fez o julgador singular, entendo que *“A descrição da infração não seria simplesmente a emissão das notas fiscais de devolução sem o acompanhamento dos cupons fiscais de saídas, como citado pelo contribuinte na peça de defesa, e sim o creditamento indevido em relação ao ICMS destacado, pela ausência das referências dos citados cupons, cuja repercussão fiscal deve ser*

apurada por meio de reconstituição da Conta Corrente do ICMS”.

Portanto, sem desrespeito ao trabalho da fiscalização, importa reconhecer que o libelo acusatório não indicou perfeitamente a conduta infracional. Assim, resta configurado o vício formal previsto no art. 17, II, da Lei nº 10.094/2013:

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Neste sentido, corroboro o entendimento exarado pela primeira instância, a qual se manifestou pela existência de vício, onde recorro ao texto normativo dos arts. 15 e 16 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de vício formal na acusação, passível de novo procedimento fiscal, como se vê no texto normativo abaixo:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Diante desta ilação, confirmo a decisão de primeira instância, a qual entendeu pela ineficácia do presente feito, por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade da acusação ora em comento, dando, assim, à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta descrição dos fatos.

No tocante à acusação de *não registrar nos livros próprios as operações de saídas realizadas*, a obrigatoriedade de escrituração no Livro Registro de Saídas envolve todo movimento de saídas de mercadorias, a qualquer título, bem como de prestações de serviços de transporte e de comunicação, com a qual o contribuinte transacione em determinado período, de acordo com o que estabelece os arts. 277 e 60, I e III, do RICMS:

Art. 277. O Registro de Saídas, modelo 2 ou 2-A, Anexos 28 e 29, destina-se à escrituração do movimento de saídas de mercadorias, a qualquer título, e de prestações de serviços de transporte e de comunicação.

Art. 60. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês:

I - no Registro de Saídas:

- a) o valor contábil total das operações e/ou prestações efetuadas no mês;*
- b) o valor total da base de cálculo das operações e/ou prestações com débito do imposto e o valor do respectivo imposto debitado;*
- c) o valor fiscal total das operações e/ou prestações isentas ou não tributadas;*
- d) o valor fiscal total de outras operações e/ou prestações sem débito do imposto;*

III - no Registro de Apuração do ICMS, após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

- a) o valor do débito do imposto, relativamente às operações de saída e aos serviços prestados;*
- b) o valor de outros débitos;*
- c) o valor dos estornos de créditos;*
- d) o valor total do débito do imposto;*

- e) o valor do crédito do imposto, relativamente às operações de entradas e aos serviços tomados;
- f) o valor de outros créditos;
- g) o valor dos estornos de débitos;
- h) o valor total do crédito do imposto;
- i) o valor do saldo devedor, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "d" e o valor referido na alínea "h";
- j) o valor das deduções previstas pela legislação;
- l) o valor do imposto a recolher;
- m) o valor do saldo credor a transportar para o período seguinte, que corresponderá à diferença entre o valor mencionado na alínea "h" e o valor referido na alínea "d".

Verifica-se, portanto, que a legislação é clara quanto à obrigatoriedade de lançar as notas fiscais correspondentes às operações supra, cuja falta é punível com multa específica de 50% (cinquenta por cento), prevista no art. 82, II, "b" da lei nº 6.379/96.

Pois bem. Compulsando os autos, observa-se que na defesa, a reclamante alega que no tocante às Notas Fiscais nºs 78, 79 e 81, de dezembro/2007, a empresa já teria sido fiscalizada anteriormente em relação aos exercícios de 2006 a 2008, destacando que o respectivo Termo de Encerramento de Fiscalização nº 93300008.13.00000660/2009-04, em que consta não ter havido diferença tributável a cobrar, fato esse suficiente, no seu sentir para afastar a acusação em tela no que se refere a tais notas.

Todavia, entendo como acertada a decisão do juízo monocrático quando entendeu que tal fato é irrelevante para descaracterização da autuação, pois, além de não existirem obstáculos em nossa legislação que impeçam que uma fiscalização detecte irregularidades em exercícios já auditados, desde que seja dado ao contribuinte o prazo legal para apresentação de Impugnação, o fato de tais documentos fiscais não terem sido objeto da auditoria anterior, conforme observo em consulta ao referido Termo (fls. 321), atestam a regularidade da autuação.

Com relação às demais notas fiscais denunciadas, relacionadas às fls. 162 e 163, confirmo a exclusão da Nota Fiscal nº 108, bem como as de nºs 301 a 354, tendo em vista que restou comprovado o seu lançamento, conforme consta às fls. 531 e 532 dos autos, restando irretocável o crédito tributário remanescente.

Por fim, resta a acusação de *passivo fictício*, que teve como fundamento o artigo 646 do RICMS/PB,

que autoriza a presunção *juris tantum* de que houve omissão de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, sem recolhimento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, pois o mesmo é detentor dos livros e documentos inerentes a sua empresa, podendo produzir provas capazes de ilidir a acusação imposta pelo Fisco.

Já em primeira instância foram mantidos os lançamentos relativos aos exercícios de 2009 e 2011. Em relação ao exercício de 2010, foi verificado equívoco, inclusive confirmado pelo autuante, no que tange a repetição em fevereiro dos valores pagos em março, como se observa no Livro Razão à fls. 1.003 e 1.008 dos autos, cuja correção resultou no desaparecimento do saldo negativo que caracterizaria a existência de obrigações pagas não contabilizadas.

Assim, entendendo como acertada a decisão também neste aspecto, confirmo os valores apurados pela instância singular.

No que concerne às multas aplicadas, corroboro o entendimento já proferido pelo julgador monocrático, quanto aos reparos nos créditos tributários aqui veiculados quanto às sanções aplicadas, em harmonia ao Princípio da Legalidade, bem como da Retroatividade Benigna, em conformidade com o disposto no art. 106, II, “c”, do CTN, que autoriza a aplicação retroativa de sanções mais benéficas para as infrações, salvo aqueles anteriormente quitados, ou seja, que já se encontravam extintos.

Entendo, portanto, pela confirmação da sentença exarada pelo julgador monocrático, de forma que confirmo a parcial procedência do feito, pelas razões acima expendidas.

Isto posto,

VOTO pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter integralmente a sentença exarada na instância monocrática que julgou *parcialmente procedente* Auto de Infração de Estabelecimento nº93300008.09.00002242/2012-17, lavrado em 8/10/2012, contra a empresa SMAB COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA. - EPP, CCICMS nº 16.150.095-1, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 134.470,23 (cento e trinta e quatro mil, quatrocentos e setenta reais e vinte e três centavos), sendo R\$ 66.189,48 (sessenta e seis mil, cento e oitenta e nove reais e quarenta e oito centavos) de ICMS, por infringência ao art. 72, §1º, I; art. 106, II, “c” e §1º, c/c art. 2º, §1º, IV, art. 3º, XIV e art. 14, X; arts. 158, I; 160, I, c/fulcro no art. 646; art. 106, II, “a”, art. 277 e seus parágrafos, c/c art. 60, I e III, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 68.280,75 (sessenta e oito mil, duzentos e oitenta reais e setenta e cinco centavos) de multa por infração nos termos dos art. 82, II, “b” e “e”, e art. 82, V, “e”, “f” e “h”, da Lei nº 6.379/96, com as alterações da Lei nº 10.008/13.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o *quantum* de R\$ 157.820,71, sendo R\$

42.487,03 de ICMS e R\$ R\$ 115.333,68 de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Em tempo, sugiro que seja realizado outro feito fiscal com a descrição correta dos fatos, com relação à FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL EM VIRTUDE DE IRREGULARIDADES NO USO DO ECF, atendido o prazo constante no art. 173, II, do CTN, nos termos expostos neste voto.

Por fim, ressalto que devem ser observados os valores já pagos pelo contribuinte, conforme documentos constantes nos autos e no Sistema - ATF.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de julho de 2018.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora